

# LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL DE LA SEGURIDAD VIAL

Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre,  
y del Proyecto de Reforma del Código Penal

**Ramón García Albero**

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Lleida*

---

GARCÍA ALBERO, Ramón. La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-11, p. 11:1-11:28. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-11 (2007), 20 dic]

**RESUMEN:** La reforma de los delitos contra la seguridad en el tráfico operada por LO 15/2007, de 30 de noviembre, constituye la expresión de un programa político-criminal de más amplio alcance, presente en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007. En este trabajo se exponen las causas de la emergencia del nuevo derecho penal de la seguridad vial a la luz del paradigma explicativo que ofrece el derecho penal postmoderno del riesgo -sometido aquí a necesarios ajustes- y se ofrece un análisis crítico de dos de los nuevos tipos: la

conducción a velocidad por encima de determinados límites (art. 379.1) y la conducción con concentraciones de alcohol en aire espirado o en sangre superiores a determinadas tasas (0.6 mgr. o 1,2 gr. respectivamente) –art. 379.2-. Igualmente se analiza la propuesta del Proyecto de Reforma del Código de elevar a la categoría de delito las imprudencias leves con resultado de muerte. Tres piezas clave de un programa que trasluce una gran desconfianza hacia el estamento judicial y un optimismo infundado en las posibilidades del derecho penal para reducir eficazmente la siniestralidad vial.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos contra la seguridad vial, Derecho penal del riesgo, Derecho penal simbólico, delitos de peligro, conducción bajo la influencia, conducción temeraria, delito imprudente, política criminal, prueba.

Fecha de publicación: 20 diciembre 2007

---

**SUMARIO:** 1. *Algunas claves explicativas de la nueva política criminal en materia de seguridad vial.* 2. *Del juez penal al radar: La simple criminalización del exceso de velocidad. El nuevo artículo 379.1 del Código penal.* 3. *Conducción con tasas de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro o 0.60 mg. por litro de aire espirado.* 4. *Lo que queda en el armario: La elevación a delito de la simple imprudencia con resultado de muerte en el Proyecto de Reforma del CP.*

## 1. Algunas claves explicativas de la nueva política criminal en materia de seguridad vial.

A nadie escapa que la siniestralidad vial ha conquistado un lugar preeminente en la agenda política y mediática. Un protagonismo que bien mirado no obedece a un súbito empeoramiento de la cuestión; realmente no estamos peor que antes: los devastadores efectos personales y económicos de los accidentes de tráfico son viejos conocidos. Lo que está cambiando es la actitud social y fundamentalmente la de los poderes públicos hacia esta lacra. Progresivamente, hemos transitado de la resignación, de la cotidiana *conllevancia*, a una actitud de decidido combate, de lucha, de “tolerancia cero” hacia los infractores. Finalmente, el conductor irresponsable ha sido definido como el enemigo a batir y las pérdidas humanas y materiales que causa, el objetivo bélico de una nueva cruzada en la que se nos prometen resultados alentadores a corto y medio plazo.

Paulatinamente, el discurso se ha ido pertrechando de nueva artillería verbal, funcional a la nueva estrategia: hablar de accidente de tráfico es –será pronto– políticamente incorrecto; se trata, realmente, de “violencia vial”<sup>1</sup>. El infractor erigido así en *violento*, o cuando no, en su versión más radical, en “terrorista viario”, en una estrategia de conquista del discurso que recuerda mucho la llevada a cabo en materia de violencia de género (terrorismo doméstico). De forma coherente, el juicio moral sobre la conducta del infractor está mutando sustancialmente. Siempre ha existido una cierta “comprensión” hacia las lesiones de bienes producidas en el contexto de actividades socialmente útiles, cuando el sujeto ha ido más allá de la esfera de riesgo permitido (la manifestación más evidente de ello es el rechazo de un expediente, que fuera de tales actividades, permitiría la imputación dolosa del resultado producido en casos con similar pronóstico de peligro: el dolo eventual). Pero en un rasgo muy propio de la sociedad del riesgo, esta misma sociedad abomina ahora no ya de los efectos colaterales del modelo que la sostiene, sino del modelo mismo. El conductor es percibido, ya no sólo en términos técnicos, sino morales, como una “fuente de peligro” y la conducción, subliminalmente, como una conducta socialmente desvalorada. De forma inconsciente, se diluye así el diverso status moral de la conducta dirigida dolosamente a la causación de un daño, de la que lo produce en el ejercicio de una actividad –la conducción– que ha dejado inconscientemente de considerarse valiosa y útil<sup>2</sup>. ¿Exageración?

<sup>1</sup> Véase la comparecencia, en la Comisión sobre seguridad vial del Congreso de los Diputados celebrada el 22 de febrero de 2006, del Director General de Tráfico, Pere Navarro, , Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2006, VIII legislatura, núm. 489. La expresión se utiliza también en el mismo preámbulo de la proposición de ley orgánica de reforma del Código penal en materia de seguridad vial (Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 283-1, de 22/06/2007), un concepto, por lo demás, asumido por el legislador francés, que su “*Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière*” ha procedido a una importante modificación del Código penal.

<sup>2</sup> Se ha dicho que en el nuevo cambio de paradigma, no es casual que las esferas de riesgo permitido, que expresan siempre un compromiso entre los costes y beneficios de la realización de acciones –seguridad, desarrollo, economía, etc.–, se vean recortadas ante la preeminencia de la seguridad frente a cualquier otro valor. De forma muy expresiva, señala SILVA (*La expansión del Derecho penal*, 1ª ed.) que la restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada ha de verse como consecuencia de un modelo social en el que, “en la ponderación previa al establecimiento de la frontera entre riesgo permitido y riesgo desaprobado, la libertad de acción ha cedido con

El anterior Ministro de Justicia – López Aguilar- anunciaba no hace mucho que el Gobierno no concedería indultos a los infractores de tráfico sancionados penalmente, como si existiesen delitos *perdonables* y otros, significadamente los de tráfico, no<sup>3</sup>.

Como antes señalaba, las claves de este cambio de percepción no las ofrece la estadística. Estamos igual de mal que siempre, incluso diríase que moderadamente mejor. Las razones de esta renovada preocupación han de verse en un conjunto de factores, que paso en síntesis a esbozar.

Resulta casi irresistible no apelar, en este ámbito, y como primer motivo, al constante incremento de demanda de seguridad, propio de la sociedad postmoderna del riesgo. Pero es preciso someter este paradigma explicativo a matizaciones muy relevantes cuando se trata de seguridad vial<sup>4</sup>. En efecto, se ha señalado que característico de la sociedad del riesgo es la pretensión de que el derecho penal desarrolle una función preventiva de manera manifiesta y rotundamente perceptible frente al aumento exponencial de las amenazas a la seguridad provenientes de las decisiones adoptadas por los ciudadanos en uso de los múltiples avances técnicos<sup>5</sup>. Una seguridad “de orientación” imprescindible en los “contactos anónimos” en masa propios de sociedades complejas como la nuestra. Hasta aquí, nada nuevo. La disminución de la tolerancia hacia la inseguridad no es, empero, un fenómeno privativo del tráfico viario; recorre transversalmente todos los sectores de actividad social y económica. Es ciertamente paradójico: cuantas más expectativas objetivas de vida y salud existen, más obsesión –miedo- por la seguridad, la vida y la salud. En todo caso, y frente al reiterado discurso que proclama el hiato entre *objetiva inseguridad* y *percepción subjetiva de la misma*, sucede con el tráfico rodado –lo mismo que en otros ámbitos- que tal problema no es percibido socialmente *todavía* como relevante. Si acudimos a las encuestas

claridad frente a la libertad de no pasión” (pág. 33), citando a SWAANINGEN, para quien la sociedad actual, “ya no está orientada a ideales positivos, sino hacia la racionalidad negativa de la limitación de riesgos”. Sobre la vinculación entre la forma que tiene la sociedad de comprenderse así misma (autocomprensión) y orden relativo de valores y preferencias, así como la determinación del riesgo permitido, por todos, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995, págs. 483 y ss. En este sentido, estaríamos asistiendo, desde hace tiempo a un profundo cambio de paradigma, el hombre del siglo XIX era el hombre activo, el hombre faciens dispuesto a arriesgar en pro del progreso. Es este modelo de sociedad el que adopta el concepto de “riesgo permitido” como límite interpretativo a la incriminación de conductas (fundamental PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pág. 307 y ss.).

<sup>3</sup> En su comparecencia ante la Comisión de Seguridad Vial del Congreso, el Ministro señaló que el Gobierno ha establecido criterios para el ejercicio del derecho de gracia y uno de ellos “es excluir de los elegibles” para el indulto a los condenados por hechos relacionados con la seguridad en el tráfico. De esta forma se intenta “enviar un mensaje de que no tiene pase conducir bajo los efectos del alcohol y llevarse por delante vidas humanas”, añadiendo que “a la hora de indultar también se está emitiendo a la sociedad un mensaje sobre el tipo de delitos que pueden acompañarse de un mensaje social de tolerancia o permisividad, y el tipo de delitos que no”.

<sup>4</sup> Matizaciones imposibles de hacer en esta sede, si bien se es consciente de que, en este campo como en otros, el discurso de la sociedad del riesgo ha colonizado por completo la actual política criminal, sirviendo de coartada intelectual a un discurso más bien pura y simplemente securitario, pues el tráfico rodado no se inscribe bien mirado, en la dimensión tecnológica de la sociedad del riesgo; esto es, no es un sector *nuevo* de riesgos artificiales producto de *nuevas* actividades que resulten de difícil anticipación y prueba, y cuya prevención plantee dificultades ya la gestión misma de los riesgos y en la atribución de responsabilidad a determinados sujetos. Sobre todo ello, fundamental, DIEZ RIPOLLES, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *RECPC* 07-01, 2005.

<sup>5</sup> Vid. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Granada, 2005, págs. 24 y ss.

que periódicamente nos proporciona el CIS u otros organismos<sup>6</sup> se comprueba no sólo eso, sino que no es percibido ni siquiera como *problema*. Realmente, la percepción social subjetiva de inseguridad se centra en la criminalidad violenta, y más en concreto en la pequeña criminalidad. Y aquí el abismo entre realidad y percepción subjetiva sí es constatable. Pero en materia de tráfico, acaso suceda lo contrario, y la sociedad no acabe de dejarse persuadir por el catastrófico –pero aquí fiel a la realidad– discurso de los poderes públicos. En el fenómeno del tráfico, las “fuentes de peligro” están masiva y democráticamente repartidas; el ciudadano no es sólo *paciente*, sino también y fundamentalmente *agente* directo y principal de riesgo. Por una cuestión de equilibrio psicosocial la intolerancia pareciera proyectarse en riesgos socialmente bien circunscritos: riesgos de “los otros” –productores, industria, criminales, etc.– no sobre los riesgos que uno mismo puede generar cotidianamente<sup>7</sup>. Digamos pues que más que percepción subjetiva de intolerable inseguridad, lo que acontece con el tráfico rodado es la creciente intolerancia hacia los costes humanos y materiales que el tráfico masivo de las sociedades actuales provoca.

Los riesgos propios del tráfico rodado no son ciertamente “nuevos riesgos”, pero sí que son “nuevas” las estrategias de traslación continua de aquéllos a la opinión pública. En efecto, la sociedad de la información, propia de la aldea global, pone al alcance de todos, en tiempo real, el drama de las víctimas en carretera, generando una enorme sensación de impotencia. Todo ello contribuye a una generalizada sensación de vulnerabilidad. Los medios de comunicación nos sirven a diario, en tiempo real, el macabro cómputo de accidentes, muertos y lesionados (“Desde enero de este año llevamos...”), la televisión nos confronta a diario, mediante agresivas campañas preventivas, con la crudeza de los efectos de las imprudencias. Parafraseando a HASSEMER, una sociedad que dispone de tales medios y además está morbosamente interesada –o al menos así lo estiman los medios–, en el drama y la violencia, ya no necesita experimentarla personalmente para percibirla como *omnipresente*<sup>8</sup>. De esta forma se retroalimenta la percepción subjetiva de vulnerabilidad, erigiéndose la seguridad en el “derecho subje-

<sup>6</sup> En efecto, en los barómetros que periódicamente nos proporciona el CIS el “problema” de los accidentes de tráfico simplemente no aparece entre los principales problemas que, o bien tiene el país, o bien conciernen personalmente a los encuestados. Cosa que no sucede con la seguridad ciudadana, que sistemáticamente aparece entre las diez primeras preocupaciones en todas las encuestas. Cfr. barómetro de julio de 2007, disponible en [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2720\\_2739/2728/Enc2728mar\\_A.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2720_2739/2728/Enc2728mar_A.pdf).

<sup>7</sup> Todo lo dicho *ut supra* no resulta contradictorio con el hecho de que los ciudadanos, en general, se manifiesten a favor del endurecimiento penal de los “conductores violentos”, pero es de sentido común reconocer que la sensibilidad de los representantes políticos es mayor que la que manifiesta en general la ciudadanía, a tenor de los mencionados barómetros. No obstante ello, el legislador está convencido de la “demanda social” de políticas represivas en materia de seguridad vial. En su intervención en el Congreso de los Diputados, el Sr. Mayoral Cortés, en representación del Grupo Socialista, manifestaba: “Pero no son solo las víctimas de los accidentes de tráfico quienes claman contra la ley de la selva que algunos parecen defender, es también la inmensa mayoría de la sociedad quien lo demanda. Según conocidas encuestas realizadas en nuestro país, el 97 por ciento de los ciudadanos desea y acepta el incremento de los controles de alcoholemia y el 72 por ciento de los ciudadanos aprueba que tenga consideración de delito superar en más del doble los límites de alcohol permitidos, es decir, el 0,5 por ciento en nuestro país en este momento” (DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 266, de 26/06/2007).

<sup>8</sup> HASSEMER, “El destino de los derechos del ciudadano en el derecho penal “eficiente”, en *Crítica al derecho penal de hoy*, (trad. de Patricia S.Ziffer) Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

tivo por antonomasia”. En palabras de SILVA, es la máxima pretensión de una sociedad de “sujetos pasivos” que demanda al Estado prestaciones de toda índole<sup>9</sup>. Así lo han entendido correctamente los poderes públicos; determinadas campañas de seguridad vial dejan traslucir esta nueva comprensión del ciudadano como “menor” necesitado del “padre” protector, a quien incumbe garantizar su indemnidad (“*No podemos conducir por ti...*”).

Un tercer factor que presiona hacia una intervención penal más penetrante en el ámbito de la seguridad vial podría rezar así: la intervención del derecho penal es siempre funcional, en términos políticos, para ocultar las responsabilidades de los poderes públicos en la remoción de los aspectos estructurales que están en la base de los problemas sociales. Con ALBRECHT puede decirse que “gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política. Así se desplaza la atención de la génesis social del problema, esquivando políticas de intervención estructural (...) “la intervención política en el Derecho penal traslada constante y manifiestamente los problemas estructurales a la aplicación individual del Derecho penal”<sup>10</sup>. El Derecho penal se erige así en mecanismo de ocultación. Justamente, el trasvase de responsabilidad se produce en un momento de auténtico colapso circulatorio, en una economía extremadamente dependiente del transporte, y con una elevada propensión cultural a la movilidad particular en automóvil, aproximándose nuestras tasas de motorización, a las norteamericanas<sup>11</sup>. En efecto, el crecimiento exponencial del parque automovilístico y del transporte está inextricablemente ligado al modelo de crecimiento económico actual. Un modelo insostenible, y no sólo por los costes humanos y materiales, sino también de calidad de vida y medioambientales. Un modelo propiciado por los propios poderes públicos que ahora reniegan de los efectos colaterales del mismo. El denominado “infarto circulatorio” ha sido entre otras muchas causas, consecuencia de un modelo de urbanismo funcionalista, promovido a nivel europeo desde la Carta de Atenas<sup>12</sup>. La zonificación funcional impone una red nacional de grandes arterias; zonificación articulada en torno a tres funciones clave –habitar, trabajar, descansar– que constituye el criterio básico de ordenación urbana, y cuya segregación funcional contribuye a agravar el mal funcionamiento de las ciudades y del conjunto del territorio, por las enormes necesidades de transporte que demanda. La pérdida de la ciudad multifuncional y densa –aquí, como en la dieta, vuelven a reconocerse las virtudes de la ciudad compacta *mediterránea*– ha multiplicado exponencial-

<sup>9</sup> La afortunada expresión es de SILVA, *La expansión*, cit., pág. 31

<sup>10</sup> ALBRECHT, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág. 474.

<sup>11</sup> Como señala ESTEBAN, “La enfermedad del transporte”, en [www.ciudad.derechos.org/espanol/pdf.eed.pdf](http://www.ciudad.derechos.org/espanol/pdf.eed.pdf), en los años setenta se suponía que la tasa de motorización debería tener algún límite, que se situaría en torno a la tasa que por entonces había alcanzado el área metropolitana de Los Angeles: unos 500 vehículos por cada 1000 habitantes. Hoy esta tasa de motorización se considera más bien escasa para un país desarrollado, y de hecho se supera ampliamente en casi todos los países europeos, incluida España. Cabe, en todo caso el consuelo que nunca podrá haber simultáneamente en movimiento más automóviles que conductores., comprar o divertirse. “De este modo se incrementan las distancias medias recorridas por cada conductor.

<sup>12</sup> La Carta está publicada en versión española en Le Corbusier. Principios de Urbanismo (La Carta de Atenas). Ed. Ariel, Barcelona, 1971.

mente el tráfico. Como señala ESTEBAN “Además, el límite del uso del automóvil tampoco está en el número de conductores, sino que depende de las distancias medias recorridas, así las políticas de transporte y ordenación del territorio se retroalimentan mutuamente: justificadas por la congestión se construyen autopistas que permiten ubicar más lejos los lugares a los que las personas pueden o tienen que desplazarse para trabajar, comprar o divertirse. “De este modo se incrementan las distancias medias recorridas por cada conductor. Ello induce a los usuarios a adquirir automóviles más potentes y confortables, lo que a su vez incita a una mayor utilización del automóvil, y anima a recorrer mayores distancias para cualquier actividad. Así se eleva el volumen total de tráfico y se justifican de nuevo más autopistas, en una espiral que, aparentemente, resulta indefinida”<sup>13</sup>.

El endoso por entero de la responsabilidad por los efectos, evitables o no, del transporte masivo no sólo oculta una política no consciente de fomento desmedido en la utilización del vehículo –el tríptico infraestructuras, industria automovilística y carburantes como pilares de la economía–, sino que permite además orillar la corresponsabilidad de las Administraciones en la gestión de riesgos que son, por completo, competencia suya. El mal estado de las infraestructuras viarias, la defectuosa señalización de muchas vías, la persistencia de “puntos negros”, la nula alternativa en muchos casos al transporte de mercancías que no sea por carretera. Todos estos y muchos otros factores se presentan como secundarios frente al “factor humano”. *Buenos y malos conductores, he ahí la clave del problema* (reducción maniquea de la complejidad)<sup>14</sup>.

Un cuarto factor ha contribuido decisivamente a un cambio de representación simbólica del problema de la seguridad vial y a la creciente demanda de penalización. Me refiero a la progresiva visibilidad de las víctimas, un fenómeno no sólo privativo de este ámbito, sino general. Pero este proceso de “redescubrimiento” de la víctima asume en el ámbito de la seguridad vial perfiles propios, por la magnitud del número de afectados. Computando el número de víctimas en carretera y en zona urbana, las cifras que arrojan la estadística son, simplemente, escalofrantes. Por referirnos, exclusivamente a los últimos años: Año 2005, 137.251 víctimas, de las que 4.442 son mortales y 21.859 heridos graves. Año 2004, 143.124 víctimas (4.741 mortales, 21.805 heridos graves). Año 2003, 156.034 (5.399 mortales, 26.305 heridos graves). Año 2002, 152.264 víctimas (5.347 mortales, 26.156 heridos graves), según datos ofrecidos por la Dirección General de Tráfico<sup>15</sup>. Los datos hablan por sí solos: el porcentaje de españoles victimizados directa o indirectamente asume proporciones sin parangón en ningún otro ámbito de la delincuencia<sup>16</sup>. Pero aunque las cifras muestran una tendencia a la baja, al menos desde el año 2000 y sin duda comparadas con los años duros de la

<sup>13</sup> Esteban, Antonio, *La enfermedad del transporte*, cit., pág. 8.

<sup>14</sup> Que la seguridad viaria descansa en tres pilares, a saber, infraestructura viaria, vehículo y conductor, es algo indiscutido. Tal idea estuvo bien presente durante la tramitación parlamentaria de la actual LO 15/2007, y de modo coherente algún grupo parlamentario sostuvo la necesidad de fijar por ley limitadores de velocidad en los vehículos –así IU–.

<sup>15</sup> Puede consultarse en <http://www.dgt.es/estadisticas/documentos/anuarioaccidente2005pdf>.

<sup>16</sup> Considerando tal expresión como comprensiva, obviamente, de la simple falta de imprudencia con resultado de lesiones o muerte.



siniestralidad vial –principios de los noventa-, nunca como hasta ahora se ha tenido conciencia de las implicaciones de todo orden que representa el que cabe considerar como uno de los mayores problemas de salud pública<sup>17</sup>. No en vano, el 25% del presupuesto del INSALUD se destina a accidentes de tráfico, siendo éstos la primera causa de mortalidad entre las personas de 16 a 25 años. Calificada de “peste” del siglo XX, los damnificados directa o indirectamente constituyen ya un grupo lo suficientemente relevante como para que las políticas públicas se orienten no sólo en función de las necesidades concretas del colectivo, sino también en función del rédito electoral. Cuando esto sucede, echar mano de un instrumento de efectos simbólicos tan bien conocidos como el derecho penal resulta una tentación simplemente irresistible.

De forma paralela, los familiares de víctimas se agrupan en asociaciones cada vez más numerosas y activas que presionan a los poderes públicos para la adopción, entre otras, de políticas de mano dura contra los conductores “violentos” y someten a riguroso escrutinio público las resoluciones judiciales que no estén a la altura de los esfuerzos que demanda la lucha<sup>18</sup>. Acabar con la “impunidad” de los delitos de tráfico, he aquí la nueva misión a la que somos todos convocados. Desde distintos foros, se denuncia así el escaso compromiso de la judicatura en el combate contra la siniestralidad vial, la bagatelización de las imprudencias en el ámbito rodado, la disparidad de criterios en torno a la prueba de conducción influida por la ingesta de alcohol, etc.<sup>19</sup>. En suma, se denuncia que el Derecho penal no cumpla, en este campo, con su función de ser instrumento eficaz de pedagogía social, de “civilización”. Por que en efecto, y frente a otros ámbitos de la criminalidad, no se trata aquí de la percepción social del fracaso de otros medios de control formalizados, y de la confianza en que las funciones preventivas sólo serán eficazmente cumplidas por el Derecho penal. Tampoco de la desconfianza hacia la Administración en su capacidad de corregir ciertas patologías sociales –como sucede con la corrupción- y en la confianza en que eso sólo puede solucionarlo el Derecho penal, que tiene el valor intrínseco de la jurisdiccionalidad –el pequeño David frente a Goliath, en expresiva metáfora de GARAPON-. No: curiosamente aquí los papeles están invertidos. Son justamente los jueces quienes han de ser llamados a capítulo, pues no se pone en duda el decidido compromiso de las Administraciones en el combate contra la siniestralidad. En qué medida un decidido compromiso judicial<sup>20</sup> tendría añadidos efectos preventivos, es una cuestión menor, en tal contexto. Lo fundamental es que la Justicia exprese el reproche que realmente merece la “violencia vial”; que satisfaga, en suma, las necesidades psicosociales del colectivo de

<sup>17</sup> Como es sabido, en el año 2004 y bajo el lema “La Seguridad Vial no es accidental”, la OMS celebró el 7 de abril el día mundial de la salud, centrado en este “gravísimo problema de salud pública”.

<sup>18</sup> Las sentencias se califican así de “escandalosas”, “homicidas” o por el contrario de “ejemplares”. Cfr. [www.stopaccidentes.org](http://www.stopaccidentes.org). Entre estas asociaciones, cabe destacar, además de stop accidentes, “Aísleme”, “Olvidados por la Justicia”, “Pat” “Apat”.

<sup>19</sup> Véanse las actas del Foro contra la violencia vial, que se celebra cada año en el mes de julio, dedicado el año 2005 a la impunidad de los delitos de tráfico, en [www.stopaccidentes.org](http://www.stopaccidentes.org)

<sup>20</sup> El Plan Estratégico de Seguridad Vial 2005-2008, aprobado por el Consejo Superior el 25 de octubre de 2005, y en las medidas que forman parte del Informe presentado sobre el Anteproyecto de LO de Reforma del Código Penal por el Ministro de Justicia en el Consejo de Ministros del mes de junio de 2005, se incluye, expresamente “implicar al sistema judicial más eficazmente en la política de seguridad vial”.

afectados y por extensión de la sociedad, restañando -simbólicamente claro está- las profundas heridas producidas por el drama cotidiano de las muertes y lesiones en carretera.

Cuando los factores que han sido someramente esbozados emergen, al legislador penal no le queda más remedio que: a) levantar acta de defunción del modelo de tutela *ex post facto* de bienes jurídicos, y sustituirlo por un modelo de intervención *ex ante*, con una más o menos rigurosa selección de las normas preventivo cautelares cuya infracción se reputará delito con independencia del peligro concreto que hayan producido. B) limitar la discreción judicial mediante el uso de términos típicos bien definidos y delimitados<sup>21</sup>, que permitan por lo demás aligerar los requerimientos de prueba para la imposición de la sanción y c) elevar a la categoría de delito la simple imprudencia, para evitar así la bagatelización aludida de las muertes y lesiones en carretera, primando así no sólo el desvalor de resultado frente al desvalor de acción, sino presumiendo que siempre que está en juego una vida o la integridad física, la infracción de la norma de cuidado, pese a ser leve, es *grave* -esto es: infracción penal grave, o sea, delito-.

Sobre estos tres ejes se articula el Proyecto de LO de modificación del Código Penal<sup>22</sup>, del que trae causa, previa desagregación, la reciente *LO 15/2007 de 30 de noviembre por la que se modifica la LO 15/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de seguridad vial*. Esta última no ha incorporado, como es notorio, la elevación a delito de las imprudencias leves con resultado de muerte o lesiones, aunque sí las dos primeras medidas. En todo caso, el Proyecto anuncia un programa, por lo que luego se dirá, destinado a hacerse realidad en un futuro más o menos próximo. Tanto el Proyecto como la actual LO 15/2007 son la expresión de un derecho de la *seguridad*, en detrimento de un derecho represor de la lesión de concretos bienes jurídicos; lesión o puesta en peligro que será, a partir de ahora, mera *ratio legis* de algunos preceptos ayunos de referencias a la demostrada lesividad en concreto de la conducta a enjuiciar. Constituye además, en segunda instancia, un programa que parte de la desconfianza en el estamento judicial – desconfianza, por lo demás, en parte ganada a pulso-. Sin duda, tanto el Proyecto como la Ley contiene modificaciones muy relevantes al margen de las que van a ser abordadas<sup>23</sup>. Aquí solamente se analizarán tres de los aspectos más

<sup>21</sup> “Intentamos huir de la Jurisprudencia porque el tráfico nos obliga a ser exactos” (Diputado Sr. Grau); “se debe tender a la concreción para evitar esas situaciones que quedan al arbitrio del Juez (adjunta primera del Defensor del Pueblo”.

<sup>22</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 119-1, de 15/01/2007

<sup>23</sup> Además de las que se abordan en texto, merecen consideración: a) la presunción de “temeridad” de los excesos de velocidad y tasas de alcoholemia del art. 379 a los efectos del artículo 380; esto es, cuando además se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, lo que indirectamente afecta también a la conducción con “manifiesto” (ya no consciente) desprecio a la vida de los demás –art. 381- b) la nueva redacción dada al artículo 383 del CP, en cuanto a la negativa a someterse a pruebas. Al margen de evitar la remisión penológica al delito de desobediencia –se señala sin más la pena superior en grado a las previstas en el art. 379 CP, lo más relevante es que, en el Anteproyecto, se trataba de negativa a someterse a las pruebas “establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia a las que se refieren los artículos anteriores”, fórmula que ahora se acoge en el nuevo art. 383, adosándose la negativa a la someterse a pruebas de presencia de drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas. No ya, pues, a las “legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”. Tal fórmula, amén de incluir la negativa a someterse a pruebas de detección de



relevantes del programa de reforma, dos de los cuales han adquirido finalmente carta de naturaleza legal<sup>24</sup>.

## 2. Del Juez penal al radar: La simple criminalización del exceso de velocidad. El nuevo artículo 379.1 del Código penal.

El proyecto de reforma del Código penal ya preveía una importantísima modificación del artículo 379.1, tipificando como delito el conducir a velocidades que sobrepasen en 70 kilómetros por hora o en 50 kilómetros por hora los límites reglamentariamente establecidos para vías interurbanas o urbanas respectivamente<sup>25</sup>. Finalmente, la proposición de LO para la reforma del Código penal en materia de seguridad vial elevó las cifras, estableciendo en sesenta y ochenta kilómetros por hora, respectivamente, los excesos de velocidad constitutivos de delito, límites que son los definitivamente fijados en la nueva Ley<sup>26</sup>. Constituye esta, en sentido técnico, una infracción de peligro

ingesta de drogas, suscitará el interrogante de si permite incluir la hipótesis de negativa con ocasión de controles preventivos de alcoholemia, excluidos por la jurisprudencia –Cfr. STS 9-12-1999- que acota la relevancia típica del art. 380 a las pruebas conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 21 del Reglamento de Circulación, y sólo admite la de los apartados 3 y 4 cuando los agentes observan signos de embriaguez. El Proyecto (BOCG de 15-1-2007), recuperaba acertadamente la versión antes vigente C) La modificación de la cláusula concursal presente en el anterior artículo. 383–ahora nuevo artículo 382- que pasa materialmente a adoptar la solución del concurso ideal de delitos –pena en su mitad superior-, pero con la particularidad de que no permite, como sí lo hace el art. 77, volver al principio de acumulación cuando la suma de penas concretas resulte inferior a la pena más grave en su mitad superior. D) la expresa incriminación de la conducción con el permiso suspendido o cancelado judicial o administrativamente en el nuevo art. 384 CP. En el proyecto la modificación que se justificaba por el sistema de carné por puntos introducido por la ley 19-7-2005, y con la finalidad de reforzar la eficacia de la nueva medida. Una norma que a la luz de su finalidad, pecaba tanto por exceso como por defecto. Por exceso pues abarcaba también los supuestos de sanción y medida cautelar de suspensión administrativa (arts. 64 y 67 de la Ley) y de cancelación cuando no se hubieren superado las renovaciones periódicas y reglamentarias (art. 60.4). Pero el precepto abarcaba también las conducciones de vehículos con privación judicial de permiso, bien en sentencia –pena o medida de seguridad-, bien como medida cautelar, comportamientos que ya estaban sancionados por el artículo 468 del Código Penal –quebrantamiento-, y que ahora pasaban a verse agravados –toda vez que se prevé pena privativa de libertad alternativa-. Pero si la razón de tal agravación no era otra que la seguridad vial –pluriofensividad- entonces no se comprendía por qué el prelegislador prescindía de tipificar la conducción sin haber tenido nunca el permiso. Se comenta que la razón oculta de tal omisión estaba en el elevadísimo número de conductores que circulan sin permiso, lo que podría determinar un “colapso” en los Juzgados. Formalmente, esta razón oculta trata de justificarse señalándose que realmente, más que la seguridad, trata de prevenirse la desobediencia específica a un mandato judicial o administrativo o a los problemas que se plantearían de aplicarse el tipo a sujetos que no han renovado su permiso. Finalmente, durante el debate parlamentario se introdujo la conducción “sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción” tal y como ha quedado definitivamente. La supresión de la mención “válido en España” probablemente significa que vale cualquier permiso expedido en otros países, aunque carezca de validez en el nuestro.

<sup>24</sup> Una valoración positiva del anteproyecto de reforma puede verse en GONZALEZ CUSSAC, “¿Es adecuada la intervención penal en materia de seguridad vial? Líneas básicas del anteproyecto de ley orgánica de reforma del Código penal de 2006”, en Xornadas núm. 8 “Seguridad del tráfico: riesgos y respuestas”, Xunta de Galicia, págs. 31 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 119-1, de 15/01/2007. Hay que tener presente que la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se introduce el permiso y la licencia de conducción por puntos, ha modificado de nuevo del cuadro general de infracciones. Ahora el incumplimiento de las limitaciones de velocidad constituye, sin más, una infracción de carácter grave (art. 65.4.a); pero si se sobrepasan en mas de un 50 por ciento las velocidades máximas autorizadas, siempre que ello comporte superar, al menos, en 30 kilómetros por hora el límite máximo, la infracción será de carácter muy grave (art. 65.5.c). Del mismo modo, estima grave la “conducción negligente” (art. 65.4.ñ) y muy grave la “conducción manifiestamente temeraria” (art. 65.5.d.)

<sup>26</sup> Art. 379.1 “El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior a sesenta kilóme-

abstracto, entendido aquí, según planteamiento habitual en la doctrina italiana, como infracción de peligro *presunto* –presunción *iuris et de iure*-. Esto es, no se trata de una mera “conducta” peligrosa para la que no se exija ahora un ulterior “resultado” de peligro. El legislador, por el contrario, presume que tal conducta, como *clase* de conducta, resulta intrínsecamente intolerable y resuelva penarla con independencia de que, atendidas las circunstancias de la conducción, tráfico, estado de la carretera, ocupantes del vehículo, etc. etc. pueda haberse excluido realmente el peligro para terceros.

El nuevo precepto merece varias reflexiones. En primer lugar, es evidente que el legislador ha seleccionado aquí una conducta de riesgo que en términos estadísticos aparece como una de las primeras causas de siniestralidad<sup>27</sup>. Cuando los factores de riesgo aparecen perfectamente individualizados, el legislador no tiene por qué esperar a la producción de un resultado lesivo para intervenir –imprudencia-, sino que incrimina la sola infracción de la norma de cuidado, surgiendo así los delitos de peligro. Pero sucede en este ámbito, como en todos los ámbitos propios de la seguridad, que las normas de cuidado que han cristalizado en “normas” de naturaleza legal o reglamentaria, son siempre la expresión de un conflicto: el que deriva de los requerimientos de la seguridad *material*, por un lado, y de las necesidades sociales y económicas por otro. Surge así el concepto de *seguridad formal o normativa*.<sup>28</sup> Conducir es, sin más, peligroso; al menos así lo señalan las estadísticas. Las normas reglamentarias determinan el ámbito en el que las conductas materialmente peligrosas deben ser toleradas. A ello responden los límites de velocidad –riesgo permitido-. Sucede, no obstante, que resultaría ilusorio, amén de contrario al principio de fragmentariedad y subsidiariedad incriminar –penalmente- todo exceso antirreglamentario de velocidad. Como esto resulta inviable, el legislador tiene que establecer un límite añadido. Un límite *penal* de velocidad. La cuestión es que este límite, normalmente no añade un plus de peligrosidad en términos estadísticos; la incidencia de la conducción a gran velocidad en los accidentes está demostrada, pero no lo está que conducir justamente con un exceso de 80 Kms. por hora en autopista sea la causa *concreta* de muchos accidentes<sup>29</sup>. No existe un fundamento material, en términos de peligrosidad, para seleccionar esa concreta conducta y dejar el resto de excesos allende el Derecho penal. Obligado así el legislador a no solaparse por completo con el ámbito de la ilicitud administrativa, la tipificación como delito de determinadas infracciones se acaba desvinculando, casi por completo, de la concreta necesidad preventivo-general de incriminar justamente este límite, y pasa a ostentar un significado daramente simbólico. La determinación del

tros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un o a noventa días y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

<sup>27</sup> Véanse datos de la DGT sobre causas de accidentes en [www.dgt.es](http://www.dgt.es)

<sup>28</sup> En otros ámbitos, el binomio se concreta en conceptos diversos: así, en el ámbito de la seguridad alimentaria, o de la salud pública en general, se habla de nocividad material y nocividad formal. Cfr. García Albero, en Comentarios al Nuevo Código Penal de 1995, 3ª ed. Aranzadi, 2004, pág. 1826 y ss.

<sup>29</sup> Lo caprichoso del límite se evidencia en el baile de cifras si se compara el Anteproyecto de Reforma del Código penal, el Proyecto de Reforma, y finalmente la LO 15/2007.

umbral típico cumple así una función puramente comunicativa, es más bien expresión de la necesidad de formular un reproche social a la “velocidad”, pero no por que esa concreta velocidad, erigida en icono, comporte intrínsecamente un pronóstico de peligro superior al que encarnan conducciones escasamente por debajo de ese límite. En ese contexto, la lesividad concreta del comportamiento pierde importancia: el exceso de velocidad es la causa de muchos accidentes y es preciso configurar una infracción que “comunique” socialmente el aludido reproche. La conducta no se emancipa así del derecho administrativo por asumir perfiles propios desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo; sino sólo por que artificialmente encarna un reproche ético-social que toma prestado del fenómeno global de la conducción a velocidad excesiva. Esto no es privativo del tráfico rodado, se trata más bien de un fenómeno propio del derecho penal de *la seguridad*: la lesividad de los hechos no ha de valorarse en concreto, sino formando parte del conjunto –procesos de acumulación de conductas individuales-<sup>30</sup>.

Lo anterior no significa, empero, predicar tacha de ilegitimidad a la técnica empleada: en rigor no estamos ante presunciones en el sentido procesal del término. Simplemente que la puesta en peligro de la vida o integridad deja de ser un elemento explícito o implícito del tipo que como tal deba probarse. El objeto de tutela es, directamente, la norma que impone el límite de velocidad. Incluso si se formulara explícitamente como presunción *iuris et de iure* de un elemento típico –v.g. como supuesto de conducción “temeraria”- en ello no habría que ver más que una técnica diversa de redacción típica: el uso de una norma definitoria que, como tal norma, se incorpora por aditamento en el plano objetivo y subjetivo a la norma primaria “presumida”, subrogándose en el lugar del elemento definido.

La técnica del delito de peligro abstracto-presunto permite por lo demás aligerar el tipo penal de las siempre odiosas referencias a la “ofensividad” en concreto de la conducta, descargando al juzgador de la tarea de señalar –y dar por probados- los elementos fácticos antecedentes, concomitantes y subsiguientes de los que inferir el peligro realmente generado. Una tarea para la que nuestros Jueces están o bien escasamente preparados o poco predispuestos, según el planteamiento implícitamente asumido por el legislador. Uno tiene la impresión de que éste ha sido, justamente, uno de los principales objetivos de la reforma, como a continuación veremos.

En efecto, la aplicación judicial del delito de conducción temeraria del CP ha estado siempre rodeada de polémica. Recordemos que este precepto incriminaba, sin más,

<sup>30</sup> Con la importante diferencia de que aquí, por tratarse de bienes jurídicos individuales –vida e integridad física de los intervinientes en el tráfico- y fundamentalmente por la índole de las conductas reprimidas, no es posible, en sentido estricto hablar de “acumulación”, sino sólo en términos simbólicos. Realmente, la situación es distinta de la que podría darse en el ámbito medio-ambiental o de la seguridad alimentaria, donde sí puede tener sentido la incriminación de determinadas conductas que si aisladamente no son lesivas, sí comprometen el bien jurídico la acumulación de sucesivas acciones individuales. Sobre ello, KUHLEN, “Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), págs. 697 y 617; HEFENDEHL, ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, en RECPC 04-14 (2002) págs. 11 y ss.

la conducción temeraria que ponga en peligro la vida o la integridad de las personas, conducta que pasa ahora a tipificarse en el nuevo artículo 380.1 CP. Realmente, una interpretación literal de este tipo permitiría sin más entender la referencia al peligro como un elemento inherente a la conducta misma, pero ello haría superflua la mención a la “conducción temeraria”. Un ejemplo aclarará esta afirmación: si yo realizo un adelantamiento a gran velocidad, en una curva con nula visibilidad, cambio de rasante y sin apenas arces, evidentemente tal conducta es *peligrosa*, se diría que *muy peligrosa*, y *por ello temeraria*. Ahora bien, como quiera que el tipo, además de tal referencia, reclama que se haya puesto en peligro la vida o la integridad de alguien –que no sea el conductor, obviamente-, entonces habré de exigir algo más: pongamos que un vehículo en el carril contrario, que haya tenido que hacer una maniobra brusca para evitar *in extremis* la colisión. Si no venía nadie de frente, mi *conducción peligrosa* no ha puesto en peligro, en este caso concreto, la vida de nadie. Evidentemente *podría* haberla puesta en peligro –de haber venido alguien-, pero no lo ha hecho. Precisamente por ello, la doctrina mayoritaria señala que como infracción de *peligro concreto*, se exige no solamente de la realización de una conducta apta para la producción del resultado –peligro intrínseco de la conducta-, sino que, además de ello, se haya producido un ulterior *resultado* de peligro<sup>31</sup>, como consecuencia de haber entrado la conducta peligrosa en contacto con los mencionados bienes jurídicos<sup>32</sup>. La comprensión de este “resultado” de peligro como algo distinto y añadido a la acción peligrosa ha sido siempre muy problemática y no siempre bien comprendida<sup>33</sup>. Ciertamente, la exigencia adicional de una “situación crítica” para los referidos bienes ha servido para sujetar la intervención penal dentro de límites razonables, pues no está ni mucho menos claro lo que sea la temeridad en la conducción. ¿Simple imprudencia *temeraria* –hoy “grave”- sin resultado –siquiera de peligro- alguno? Pero qué duda cabe que así como el concepto de temeridad adolece de gran indeterminación<sup>34</sup> por muy “manifiesta” que ésta deba ser, el contenido de ese resultado de peligro que exige el tipo tampoco está exento de grandes dosis de imprecisión. La doctrina mayoritaria configura tal “resulta-

<sup>31</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, “Delitos contra la seguridad colectiva: tentativas imprudentes?”, *La Ley* 1997-I, págs. 2004 a 2008.

<sup>32</sup> (SSTS 341/98, de 5 de marzo, 877/99, de 2 de junio, 1461/2000, de 27 de septiembre, 1039/2001, de 29 de mayo, 2251/2001, de 29 de noviembre y 561/2002, de 1 de abril) el tipo objetivo del art. 381 exige un doble elemento: la conducción con temeridad manifiesta y la puesta en concreto peligro de la vida o integridad de las personas, mientras que el tipo subjetivo exige el dolo.

<sup>33</sup> Sobre los criterios doctrinales para afirmar la existencia de un resultado de peligro concreto, vid. en detalle, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 29-38; FEIJÓO SÁNCHEZ, “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del TS de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999, *La Ley* 1999, nº 6, págs. 1880 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia*, Valencia 1999, cit., pp. 158-162.

<sup>34</sup> Por temeridad manifiesta, la jurisprudencia entiende consolidada doctrina jurisprudencial según la cual conduce *temerariamente* un vehículo de motor *quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de Tráfico* (STS 561/2002) o, lo que es lo mismo, *quien lo hace con notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico* (STS 2251/2001). Asimismo considera el Alto Tribunal que la conducción temeraria es *manifiesta* cuando es *valorable con claridad, notoria o evidente para el ciudadano medio*. En doctrina véase, TAMARIT SUMALIA, en *Comentarios...*, cit., p. 1049.

do” conforme al criterio de la *dominabilidad* por parte autor del peligro generado, de modo coherente con una teoría normativa del peligro. Según tal tesis, sólo resulta imputable un “resultado” de peligro cuando la lesión del bien jurídico está ya por entero a merced de un curso causal *que el autor ya no puede controlar*. En definitiva, cuando sólo la suerte, o cualquier azarosa conjunción de circunstancias imprevisibles, especialmente la intervención de terceros, evita el resultado. Cuando no obstante es el autor quien *in extremis* logra impedir que el peligro generado se transforme en resultado, según la misma doctrina mayoritaria no es posible imputar el *peligro concreto mismo* al autor. No es esta la sede adecuada para valorar la corrección dogmática de esta tesis. Se trata simplemente de advertir de la interpretación extraordinariamente restrictiva que se hace de este elemento típico.

En estas condiciones, la técnica del peligro concreto no resulta idónea para la nueva prestación que debe ofrecer el derecho penal en el ámbito de la seguridad vial: prevención general positiva. El aseguramiento contrafáctico de las expectativas normativas no puede dejarse al albur de la producción de un “resultado” tan acotado, y probablemente tan irrelevante desde el punto de vista estadístico: entre la simple conducción temeraria y la causación de lesiones a bienes jurídicos relevantes, el peligro concreto, definido en los términos anteriores, constituye un estadio intermedio excesivamente angosto, amén de “críptico” para la general comprensión de los usuarios. Un “resultado” de peligro que por lo demás tiene que ser abarcado por el dolo. ¿Cómo qué no es peligroso conducir a más de 200 kms. por hora, al margen de las circunstancias concretas de la conducción? Cuando la justicia responde en términos negativos, los nuevos “gestores” de la moralidad vial se preguntan con qué pseudo conceptos trabajan los jueces. Se recordará el último de los escándalos mediático-judiciales protagonizado por la Audiencia Provincial de Burgos, el pasado mes de marzo, cuando absolvió a un conductor que iba a 260 kms. por hora por la autovía al considerar que su “conducción temeraria” no supuso un “peligro concreto” para ninguna persona<sup>35</sup>.

Pues bien, el “pequeño inconveniente” derivado de la necesidad de acreditar el referido peligro concreto ya había tratado de ser orillado mediante sucesivas propuestas interpretativas que habían ido relajando las exigencias típicas del artículo 381 CP, previo a la reforma. El punto de arranque lo constituye la consideración de los excesos “desproporcionados” de velocidad como conducta temeraria que, en palabras de la propia Fiscalía General del Estado, *“por regla general pondrá en concreto peligro la vida o integridad de terceros dada, por un lado, la incapacidad del conductor para detener a tiempo el vehículo y la grave entidad lesiva derivada de un alcance, un frenazo, una maniobra evasiva, un mínimo despiste -factores todos ellos de probable producción en tales circunstancias- y por otro, la eventualidad de la presencia de otros usuarios que pueden verse expuestos a su conducta, aunque se trate de horas avanzadas*

<sup>35</sup> De forma coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala (Cfr. 1 SSTS 2251/2001, de 29 de noviembre y 1039/2001, de 29 de mayo precisan que *la simple conducción temeraria, creadora por sí misma de un peligro abstracto no sería suficiente, debiendo quedar acreditada la existencia de un peligro concreto (...) peligro que debe ser efectivo, constatable para la vida o integridad física de personas concretas, distintas del sujeto pasivo.*

o días de poco tráfico, pues no en vano la conducción se desarrolla en una vía pública. A tal efecto no pueden desconocerse ni el espectacular crecimiento del parque automovilístico experimentado en los últimos años ni la cultura del uso del automóvil que, hoy por hoy, impera en nuestro país.”<sup>36</sup> Cuando el peligro se transforma en “peligro de peligro”, sólo hace falta entender el resultado como simple contacto de proximidad – entrar en el radio de acción- de la conducta peligrosa con bienes jurídicos ajenos al conductor. Y así se ha hecho: para la FGE todo se trata de demostrar la presencia o bien de otros vehículos, *o bien incluso de acompañantes en el vehículo infractor, para que el referido peligro potencial se materialice*, sin más, en peligro concreto<sup>37</sup>. Para ello, no sería óbice que el resto de ocupantes hubiese consentido en su autopuesta en peligro; el único límite vendría representado por la incitación de éstos al conductor a vulnerar tal exceso de velocidad, pues nadie puede ser, a un tiempo, responsable –por inducción- y víctima de un mismo delito. En la práctica, tal praxis desdibuja la distinción entre peligro potencial y peligro concreto: bien mirado, afirma, sin demostrarlo siempre un peligro concreto, solo que excluye al conductor como objeto relevante del mismo. Realmente, tal tesis reza así: si el conductor viaja solo o no se cruza con nadie –o al menos no ha podido demostrarse tal extremo mientras conducía a tal velocidad-, el peligro *concreto* no se ha referido a ningún sujeto protegido por la norma y por tanto es atípico. Se comprenderá que tal concepto, así interpretado, se ha tornado todavía más incomprensible.

Las dificultades probatorias de la temeridad<sup>38</sup>, pero fundamentalmente del “peligro concreto” estuvieron también en la mente del legislador de 2003, cuando introdujo, por LO 15/2003, un segundo párrafo al artículo 381 que rezaba literalmente así: “En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos”. Una reforma calificada mayoritariamente de defectuosa e inútil para los fines pretendidos, no sólo por la imprecisión de los términos cuantitativos empleados –altas tasas, velocidad desproporcionada-<sup>39</sup>, sino también por la exigencia *acumulada*, que no alternativa, de dos factores –velocidad e

<sup>36</sup> Consulta 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

<sup>37</sup> “No obstante, no cabe descartar que tal situación peligrosa no llegue a materializarse ante la ausencia de otras personas o vehículos para los que tal conducción pueda constituir un riesgo, circunstancia que, en definitiva, deberá ser puesta de manifiesto durante la instrucción de la causa. Como acertadamente señala la *Fiscalía* consultante, la determinación del resultado de peligro concreto puede verse facilitada en aquellos casos en que los propios fotogramas obtenidos por el radar evidencian que el vehículo temerariamente conducido es ocupado por terceras personas, además del conductor.”

<sup>38</sup> Sobre la cuestión, ampliamente, vid. MORENO ALCÁZAR, *Los delitos de conducción temeraria*, Valencia, 2003, pág. 85 y ss. RAMOS TAPIA, “El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás”, en RECPC 02-03 (2000)

<sup>39</sup> En su comparecencia ante la Comisión no permanente sobre seguridad vial y prevención de accidentes de tráfico, el Director General de Tráfico señalaba: “La Dirección General de Tráfico tiene la impresión de que todos nos equivocamos en esta reforma. Define la temeridad manifiesta como la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y un exceso desproporcionado de velocidad. Nadie sabe qué son altas tasas de alcohol en sangre, nadie sabe qué son excesos desproporcionados de velocidad. El ciudadano destinatario de la norma no puede saber con una mínima seguridad cuándo su conducta puede ser constitutiva de delito.” (Diario de Sesiones del Congreso, año 2006, núm. 489), pág. 4.



ingesta de alcohol-. En estos términos, calificar de “presunción” de temeridad lo que es una pura obviedad resulta casi políticamente incorrecto. La auténtica presunción tiene que ver con el “peligro concreto”, nuevamente<sup>40</sup>. Pero lo más relevante es señalar que las críticas han ido fundamentalmente dirigidas a la escasa practicidad de la medida, toda vez que, dicho sin tapujos, los cinemómetros no bastarán para acreditar la responsabilidad criminal del infractor. Como nuevamente señala la Consulta de la Fiscalía General del Estado, “la posibilidad de subsumir en esta figura legal los comportamientos objeto de la presente consulta resulta remota, pues si bien por un lado la presunción legal evita la especificación de la concreta situación de peligro, por otro exige acreditar que el conductor circulaba bajo los efectos de altas tasas de alcohol, lo que de ser cierto, resultará extraordinariamente complicado de constatar salvo que se disponga de otros medios de prueba idóneos para complementar la información que sobre la desproporcionada velocidad del vehículo facilita el radar.”. Sin saberlo probablemente, el Consejo Fiscal acababa de dar en el clavo al definir cuál es el programa político-criminal oculto en este ámbito: sustituir a los jueces por los radares. Lástima que dicho programa, para ser totalmente efectivo, necesite ser complementado con una norma, también penal, que incrimine la negativa a informar -si el titular registral del vehículo niega haberlo conducido- quién era el conductor real infractor. De qué forma pueda ello cohonestarse con el derecho a no declarar por parte del imputado, o con las exenciones relativas a la declaración testifical de los parientes no es una cuestión menor.

En este contexto cabe inscribir la reforma. Una reforma bienintencionada para un problema de dimensiones colosales que resulta inmoral banalizar. Pero una reforma que mucho nos tememos seguirá sin tener efectos perceptibles en la reducción de la siniestralidad vial, con el consabido efecto, derivado de la generación de expectativas frustradas, de que pronto vuelva a reclamarse más mano dura en este ámbito (más de lo mismo), en una espiral muy conocida a los penalistas.

Vayamos ahora a los problemas concretos que plantea el nuevo apartado primero del art. 379.1. Al margen de la artificiosidad del límite concreto elegido -60 y 80 de exceso-, a la que ya se hizo referencia, son varias las cuestiones que merecen destacarse.

En primer lugar, es preciso advertir que el nuevo tipo penal modifica sustancialmente, no sólo en el plano objetivo, *sino lógicamente en el subjetivo*, los requisitos para imponer pena. Siendo el tipo objetivo el objeto de referencia del dolo, el agente deberá captar, en el plano cognoscitivo, exclusivamente los límites de velocidad que en concreto rijan en la vía por la que está circulando, así como el exceso aludido. Tales excesos, como se dijo, dependerán de la naturaleza de la vía: urbana o interurbana. El conocimiento de esta naturaleza puede resultar ciertamente problemático en las grandes conurbaciones urbanas, donde el tránsito de lo interurbano a lo urbano no es ni mucho menos evidente para un conductor que no sea experto. En los debates parlamentarios

<sup>40</sup> Que por definición no es susceptible, salvo que se pervierta el concepto, presumirlo. Véase al respecto, las atinadas reflexiones de RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I, “La ilegítima equiparación de peligros –concreto y abstracto- en los delitos contra la seguridad del tráfico: la interpretación del nuevo subtipo de conducción temeraria”, en *La Ley* 2006, núm. 2, págs. 1577 y ss.,

ya se ha puesto de manifiesto este extremo. Por otro lado, la limitación reglamentaria puede no deberse –y es previsible que esto suceda más acentuadamente en lo sucesivo– a estrictas razones de seguridad –número de carriles, amplitud de las vías, trazado– sino exclusivamente a razones de gestión de tráfico, y muy significadamente a razones *ambientales*, cuando no una simple equivocación de las autoridades administrativas<sup>41</sup>. No está ni mucho menos excluido que determinados jueces o tribunales, imbuidos por formación y vocación en la cultura del rechazo a las infracciones formales –delitos de mera desobediencia–, acaben interpretando restrictivamente el tipo, exigiendo que, en concreto, tal límite reglamentario resulte bien fundado en estrictas razones de seguridad. Acaben en definitiva configurando la presunción *iuris et de iure* en una simple presunción *iuris tantum* de peligro potencial. El actual artículo 4.3 del CP de 1995 –viejo art. 2 del CP de 1973– nunca ha supuesto un inconveniente para la interpretación teleológica restrictiva de los preceptos penales.

En todo caso, y se nos atenemos escrupulosamente a la *voluntas legislatoris*, la pretensión de reconducir interpretativamente el tipo a los dominios del peligro potencial (o abstracto-concreto) están abocados al fracaso. La razón no es otra que la siguiente: el Dictamen de la Comisión de justicia, refundiendo en enmienda transaccional el espíritu de la enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario IU-ICV<sup>42</sup> y la enmienda núm. 10 del Grupo popular<sup>43</sup>, insertaba en el contenido del artículo 379.1 la exigencia de que tales excesos de velocidad pusieren “en peligro la seguridad en el tráfico en consideración a su desproporción con el límite superior establecido para dicho tramo y a las circunstancias concurrentes en el momento de la infracción”<sup>44</sup>. A tal enmienda transaccional se opuso el Grupo Socialista, eliminándose finalmente la cláusula de ofensividad material en el texto aprobado por el Congreso, conforme al redactado inicial previsto en la proposición de ley. Así que la voluntad del legislador está clara, al rechazar expresamente la toma en consideración de circunstancias concretas que enerven el peligro potencial de la conducta. En todo caso, el problema de la adecuación material de los límites de los que dependerá la relevancia penal de la conducta está presente en la disposición adicional de la ley, al establecer que el Gobierno impulsará, de acuerdo con las administraciones competentes, una revisión de la señalización vial y de la

<sup>41</sup> En el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, se señala con toda razón que “no cabe desconocer que en algunas ocasiones dichas limitaciones pueden ser contraproducentes, equivocadas o haber quedado desfasadas, por lo que no parece recomendable concederles en todo caso una estricta tutela penal. En este sentido, se ha dicho, con toda razón, que la credibilidad de la reforma pasa por un imprescindible reajuste de las limitaciones reglamentarias de la velocidad para hacerlas más adecuadas a las condiciones reales de cada tramo viario”

<sup>42</sup> Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 283-6, de 18/09/2007

<sup>43</sup> La enmienda del Grupo Popular (núm. 19), justificaba la inclusión de la desproporción y las circunstancias concurrentes como factores a tener en cuenta para valorar la temeridad, en consideraciones dignas de atención, señalando que la regulación no discrimina –respecto a la circulación urbana–: 1) si es un tramo de población o no, 2) cuales son las razones que determinaban un eventual límite máximo inferior al general de las poblaciones –piénsese en limitaciones por centros escolares a horas de la madrugada o señalizaciones de obras que no hayan sido eliminadas o su terminación– y si esas razones concurrían o no en el momento de los hechos, 3) la hora en que tiene lugar el exceso de velocidad o 4) la naturaleza de la vía en cuanto a número de carriles, regulación semafórica, pasos o cruces elevados, etc., no es sino la criminalización absurda y automática.

<sup>44</sup> Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 283-9, de 04/10/2007.

normativa reguladora de los límites de velocidad vial para adecuarlos a las exigencias de una mayor seguridad vial. ¿*Quid* con los límites obsoletos, desfasados, incorrectos, o simplemente establecidos por razones ambientales? Sin duda el Juez penal no puede tomar, en tales casos concretos, el dato del límite reglamentario de forma totalmente aséptica y menos aún el límite concreto de la señalización –si ésta no resulta avalada reglamentariamente-. Pero fuera de estos supuestos anecdóticos, ningún margen de maniobra tiene ahora el Juez para interpretar teleológicamente el tipo.

En segundo lugar, el precepto, por razones obvias sólo será aplicado previa captación por parte de un radar –fijo o móvil- del aludido exceso, o subsidiariamente a partir de una pericial que en el caso concreto de un accidente haya podido determinar la velocidad a la que podría circular el vehículo. Esta segunda variante puede tener importancia también a los efectos del nuevo art. 380 CP, segundo párrafo, cuando por aplicación del artículo 382 CP, el propio artículo 379.1 o el mismo 380.2 desplacen a la infracción de resultado correspondiente –lesiones imprudentes, por ejemplo- (su hubo resultado es por que, previamente, hubo peligro concreto). Sin la prueba mecánica que representa el cinemómetro, una condena por el art. 379.1 resulta casi impensable. El problema se suscitará cuando exista sólo esta prueba. El extendido uso de radares en carretera y en vías urbanas, cada vez más numerosos, ha hecho disparar las denuncias por exceso de velocidad sin necesidad de presencia policial alguna, y sin que sea imprescindible, en lo administrativo, la identificación del conductor –toda vez que la negativa a facilitar la identidad del conductor real se sanciona, a su vez como infracción muy grave-. Pretender trasladar esta operativa al ámbito penal supone engañar a la ciudadanía. La instantánea fotográfica del radar, sin duda será prueba de la *comisión de un hecho delictivo*, más no, al menos por ahora, de la identidad del autor. A salvo de la inmediata detención del automóvil con identificación del conductor y en su caso puesta a disposición judicial, para los vehículos no interceptados procederá citación judicial del titular registral del vehículo como imputado. Este, en la práctica, puede ampararse en su derecho a no declarar, o decir simplemente que el vehículo lo conducía un familiar cuya identidad no piensa revelar, amparándose en lo dispuesto en el artículo 416.1 LECrim. Una absolución fundada en la falta de prueba puede acabar teniendo efectos paradójicos en el ámbito sancionador administrativo: si el absuelto, una vez reiniciado el expediente sancionador, delata al auténtico conductor, su declaración podría servir de prueba en un nuevo proceso penal que se sustancie contra él –falta identidad de sujeto-. ¿Cabría entonces sancionarle administrativamente por una negativa a señalar el responsable de una infracción que, es, también, penal? Mucho nos tememos que en la práctica, esta y otras dificultades acaben determinando la judicialización de los excesos de velocidad en los que se ha detenido el vehículo e identificado correctamente al autor, al menos en la franja baja de los excesos. Y si esto acaba sucediendo, ¿Acaso no resultaría más operativo ofrecer, mediante un atestado bien hecho, los elementos suficientes para que el Juzgador hubiese podido efectuar el juicio de ofensividad, en definitiva determinar el peligro *al menos potencial* de la conducta? –nivel de tráfico, condiciones de la vía, acompañantes en su caso, etc.-. Puesto que el radar no puede, por decirlo metafóricamente, determinar la autoría ni por supuesto

imponer la correspondiente pena, la pretendida ventaja que posee la técnica empleada frente a la tipificación de un delito de peligro potencial, está realmente por ver<sup>45</sup>.

### 3. Conducción con tasas de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro o 0.60 mg. por litro de aire espirado.

En el nuevo artículo 379, el apartado segundo, se reproduce en primer lugar el delito de conducción bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas tal y como hasta ahora lo hemos conocido<sup>46</sup>. La novedad reside en adosar a esta infracción la consistente en conducir con una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro, o 0.60 mg. por litro de aire espirado. Nuevamente, tal previsión no trata en rigor de colmar una laguna, como veremos, sino cabalmente de reducir el arbitrio judicial en la determinación de lo que sea una conducción “bajo la influencia” de la ingesta de alcohol. De forma paralela, uno de los objetivos colaterales declarados radicaría en evitar la movilización de recursos humanos –agentes de la autoridad- para ratificarse en un atestado cuyo nervio central reside –a efectos probatorios- en el cuadro de signos que ofrecía el conductor al ser sometido a la prueba<sup>47</sup>. Nuevamente, y de forma paralela a lo que vimos con la velocidad, la ratio justificativa de la reforma reside en la demostrada incidencia de la ingesta de alcohol en la siniestralidad vial<sup>48</sup>. Pero también nuevamente, la selección penal de este riesgo –su tratamiento específico- se explica solamente en función del medio técnico que permite su fácil detección: la prueba alcohométrica. De hecho, la nueva previsión normativa comporta, simplemente, el nivel de impregnación en sangre o en aire espirado deje de ser un *medio de prueba* de un elemento típico –conducción bajo la influencia-, para erigirse en el *objeto de la prueba misma*. Tal es la consecuencia de configurarse como un elemento del tipo<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> El Consejo fiscal, en el referido informe al Anteproyecto del CP, ya postulaba por ello con razón la introducción de una cláusula normativa de peligro potencial, que permita dotar de “antijuridicidad material al tipo”: “y puedan poner en peligro la seguridad del tráfico”.

<sup>46</sup> Sobre la interpretación más extendida del delito como delito de peligro potencial, Véase GÓMEZ PAVON, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona 1998; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Granada 2003.

<sup>47</sup> Por que ciertamente, así como el cuadro de signos del atestado no es medio, sino objeto de prueba, y por tanto ha de ser introducido en el juicio oral a través de las declaraciones de los agentes actuantes, las diligencias relativas a la prueba de alcoholemia pueden incorporarse al plenario mediante lectura, como prueba documental, pero eso sí: no pueden introducirse en los casos de ausencia de información al conductor del derecho a repetir la prueba y a contrastarla con un análisis de sangre, ni tampoco en aquellos casos en que se cuestione la fiabilidad del resultado de la prueba o el valor que al mismo quepa atribuir en orden a considerar acreditada la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Como señala la STC, “el cuestionamiento de la fiabilidad de las pruebas de alcoholemia sólo impide que se incorpore su resultado directamente con la lectura del atestado en el que constan como documento anexo” (STC 188/2002, de 14 de octubre, en línea con lo sostenido por el TC desde la STC 31/1981).

<sup>48</sup> Una incidencia no obstante que es puesta en entredicho por algunos autores. Fundamental, al respecto, BARQUÍN SANZ/LUNA DEL CASTILLO, “Ingesta moderada de alcohol y prueba del etímetro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-15 (2005), págs. 7 y ss.

<sup>49</sup> Elemento del tipo objetivo que, como tal, deberá ser abarcado por el dolo del agente, lo que resulta ciertamente pintoresco. El tema no puede ser desarrollado aquí en profundidad, pero elemento cognoscitivo propio del

En efecto, el modificado artículo 379 del CP ha dado lugar, históricamente, a las más variopintas interpretaciones de lo que deba entenderse por conducción influida por el alcohol. En la interpretación más extendida, la cláusula ha de reputarse de peligro *potencial*, siendo preciso acreditar exclusivamente la peligrosidad de la conducta misma, aunque no sea menester probanza alguna de un peligro concreto adicional para la vida e integridad física de nadie. El ahora primer inciso del apartado segundo del artículo 379 no se comporta, por ello, como un genuino delito de peligro abstracto, al menos si se entiende tal categoría en el sentido de peligro presunto –sí si se estima que los delitos de peligro abstracto son, simplemente, delitos de mera *actividad peligrosa*-. No podría hacerlo por que, hasta la fecha, la punibilidad no se ha hecho depender, salvo excepciones, de una determinada tasa de impregnación alcohólica en sangre o aire espirado. Pero la determinación del carácter “peligroso de la conducta”, elemento que en rigor no exige *explícitamente* el tipo, ha basculado entre dos posiciones –tres en realidad- parcialmente divergentes: la de quienes sostienen que lo único que precisa demostrarse es la *merma de las capacidades físico-psíquicas del conductor*, aunque ello no se haya traducido en una conducción objetiva y externamente irregular o anómala, y la de quienes exigen, además, que efectivamente la influencia se objetivice en una conducción irregular o anómala –frenazos bruscos, acelerones, movimientos en zig-zag, alguna infracción reglamentaria...-. Sólo eventualmente se ha llegado a señalar –tercera postura, aunque en realidad una variante de la primera-, que por encima de determinadas tasas la alteración de la capacidad para conducir está necesariamente y en todo caso comprometida, por lo que la conducta es *siempre* peligrosa. Desde luego, abandonado el requisito de un resultado típico de peligro, quienes han querido ver en la sola fijación de un determinado nivel de impregnación alcohólica un inadmisibles expediente de presunción de peligrosidad parten de un prejuicio que no se sustenta en ningún dato científico disponible. Pero lo han hecho. Y así ha resultado que altísimas tasas de impregnación se han reputado insuficientes para entender que el autor conducía influido por la ingesta de alcohol –no se han atrevido a decir que insuficientes para presumir la ingesta del alcohol mismo- y han fijado el centro de gravedad probatorio en un más que pintoresco cuadro de signos, que los agentes de la autoridad ratifican, en muchos casos con una asombrosa y milimétrica precisión; muestra sin duda de la extraordinaria memoria que caracteriza a nuestros agentes, pese a haber practicado la prueba meses antes y pese al número ingente de pruebas alcoholimétricas que han podido realizar desde entonces. Habla pastosa, aliento a alcohol, ojos vidriosos, deambulación vacilante...en fin, todo un ramillete de elementos indiciarios, muchos de ellos equívocos<sup>50</sup>, para corroborar o refutar lo que directamente la

dolo, de configurarse como un tipo distinto, y no como mera presunción de conducción “bajo la influencia”, debería consecuentemente abarcar de *forma actual* y no sólo potencial, dicho elemento, pues una cosa es que yo sepa que estoy influido por la ingesta de alcohol, y otra que lo estoy al punto de exceder dicha concreta tasa.

<sup>50</sup> Ya el estudio de Sullivan et al puso de manifiesto lo que otros estudios posteriores han corroborado, la inexistencia de correlación significativa entre muchos de los signos aparentes de intoxicación etílica y la tasa efectiva de impregnación alcohólica. Cfr. SULLIVAN-HAUPTMAN-BRONSTEIN, “Lack of Observable Intoxication in Humans with High Plasma Alcohol Concentrations” en *Journal of Forens Sciences*. Vol. 32, Issue 6, noviembre 1987, págs. 1660 y ss. Al respecto, por todos, BARQUIN SANZ/LUNA DEL CASTILLO,

ciencia señala. Si la memoria de los agentes falla, entonces tasas incluso por encima de los 2 gramos resultan insuficientes para condenar (Cf. STC 319/2006, de 15 de noviembre, tasas de 1,16 y 1,17 miligramos de alcohol por litro expirado, lo que equivale a 2,32 y 2,34 mgr. por litro de sangre), pues no basta por lo visto para acreditar la incidencia de la ingestión en las facultades psicofísicas del conductor del vehículo.

El problema reside en que una cosa es acreditar una afectación de las facultades psicofísicas, y otra demostrar cuándo dicha afectación es *de una intensidad tal que la conducción resulta peligrosa*. Si la expresión “conducción bajo la influencia” significa simplemente disminución de aptitudes, entonces puede afirmarse que la conducción por encima de las tasas reglamentariamente admitidas colma siempre el tipo. Pues las normas reglamentarias no establecen los umbrales a partir de los cuales el alcohol afecta a la capacidad de conducir, sino los límites dentro de los cuales una tal disminución resulta tolerable –riesgo permitido, pero riesgo al fin y al cabo<sup>51</sup>. Claro que siempre puede sostenerse que el riesgo ha de ser sustancialmente mayor para no solapar ilicitud administrativa con ilicitud penal: entonces, y siempre según este criterio, es la gravedad de la intensidad de la afectación –elemento graduable– lo que convierte la conducta en *penalmente relevante*. Y tal juicio, se quiera o no, puede hacerse –acreditarse– sobre la base, exclusivamente, de un determinado nivel de concentración, cuando justamente es muy alto. Si el núcleo del injusto típico reside en una disminución relevante, la frontera entre ilicitud penal y administrativa descansa, simplemente, en un elemento radicalmente indeterminado: ¿Cuánto de afectación es exigible para que la conducción tenga relevancia penal? Los elementos graduables indeterminados son supuestos de indeterminación fuerte, cuya concreción es, en lo material, más *legislación* que interpretación (la determinación del concepto de notoria importancia en el ámbito del tráfico de drogas es una muestra de ello). En presencia de un elemento graduable indeterminado, caben dos opciones: o bien se estima que las circunstancias del caso concreto permiten asentar de forma sólida distintos criterios de determinación del elemento típico, o bien, ante la escasa incidencia en lo material de las particularidades individuales, debe corresponder al legislador la fijación de un límite preciso a partir del cual se produce el elemento típico. En el ámbito de la ingesta de alcohol, esto significa que o bien se demuestra que, por ejemplo, tasas de alcohol en torno al 1,5 pueden tener efectos muy distintos en los sujetos dependiendo de su nivel de tolerancia al alcohol, o si científicamente se acredita que por encima de tales tasas ninguna particularidad individual permite excluir una relevante disminución de las aptitudes psicofísicas, al legislador le corresponde la determinación de ese umbral, sin perjuicio de que el Juez utilice otros elementos adicionales para graduar la pena. Esto es lo que trata de hacer el legislador, y aquí el juicio que debe merecer la reforma es positivo. Podrá discutirse si la cifra de 1,2 gramos expresa en todo caso una merma

“Etílómetro, consumo moderado de alcohol y seguridad del tráfico”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 87, 2005 págs. 249 y ss.

<sup>51</sup> Huelga insistir en que la relación entre consumo de alcohol, *incluso a bajas concentraciones etílicas*, y la disminución de la capacidad de conducción está plenamente demostrada, reflejándose en el deterioro de la



crítica de la capacidad de conducir, cualquiera que sea el conductor afectado (con altos niveles de tolerancia, experimentado, etc.). Pero frente al acientífico, caótico y desigual tratamiento de las alcoholemias en el ámbito judicial, la respuesta del legislador resultaba obligada.

Tradicionalmente, la doctrina se ha mostrado muy crítica con este planteamiento. Se dice que también en los delitos de peligro abstracto es menester acreditar la peligrosidad *ex ante* de la conducta, y que por tanto no son válidos los baremos objetivos generalizadores. Tal crítica, amén de jugar con un concepto según conviene de peligrosidad, desconoce que en ocasiones dichos baremos delimitan conductas que son *siempre* peligrosas. En realidad, tales críticas tratan de convertir los delitos de mera conducta peligrosa en delitos de peligro concreto<sup>52</sup>. Salvo que se diga que el delito de conducción del actual art. 379.2 exige *algo más* que una conducción con alteración relevante de las facultades psicofísicas, la pretensión de minimizar la eficacia probatoria de la prueba alcoholimétrica y los resultados que arroja está destinada al fracaso.

Estandarizar los límites a partir de los cuales la disminución de la aptitud para conducir ostenta siempre relevancia penal constituye por lo demás una constante en derecho penal comparado. De hecho, ya el Consejo de Europa, en Resolución de 18 de abril de 1973 recomendó a los Estados miembros la sanción penal de la conducción con tasas superiores a 0.8 gramos de alcohol por 1000 cc. de sangre. Este ha sido el modelo asumido por la mayoría de Estados europeos, que prevén tipos penales articulados sobre concretas tasas de impregnación alcohólica, como sucede en Francia (0.80 gramos, sancionado con pena de prisión de dos años y sanción pecuniaria de 4.500 euros, incluso aún sin signos evidentes de conducir bajo los efectos del alcohol), Alemania (1,1 gramos, un año de prisión, independientemente de que suponga peligro para la seguridad vial), Portugal (1,2 gramos) o los Países Bajos<sup>53</sup>.

El nuevo apartado segundo del artículo 379, segundo inciso, se configura así como pura infracción de peligro abstracto: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la peligrosidad *real* de la conducción no resulta ya inadmisiblemente *penalmente*, al margen de cualquier otra circunstancia. La corrección de tal técnica, desde el punto de vista del principio de ofensividad, exige que su establecimiento esté ampliamente avalado por evidencias científicas. Esto es, que no quepa duda alguna que la alteración de la capacidad para conducir esté -en todo caso y la margen de las circunstancias concretas del individuo- gravemente comprometida. Por ello es preferible un límite *general*, que atienda exclusivamente a este dato y no cifras proporcionales a los concretos límites que reglamentariamente rigen para determinados sujetos (con-

atención, funciones visual y auditivas, perturbaciones en el campo perceptivo, cansancio, somnolencia, fatiga muscular, exceso de confianza, etc.

<sup>52</sup> Aplicado al delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas se ha señalado que “la efectiva peligrosidad de la conducta depende no sólo del grado de concentración alcohólica, sino de múltiples factores: fundamentalmente de las características somáticas del sujeto y su grado de tolerancia al alcohol, de las posibles interacciones con otras sustancias, y de los factores circunstanciales de la conducción: tipo y estado de la vía, visibilidad, densidad del tráfico, velocidad, circunstancias meteorológicas...” RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 330.

<sup>53</sup> Cfr. los datos aportados en la intervención parlamentaria del Grupo Socialista, en DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 266, de 26/06/2007

ductores profesionales, de transporte de viajeros o de mercancías peligrosas, conductores noveles, etc.). La ratio de estos límites reside en la magnitud de los daños que podría ocasionar un accidente producido o no evitado por la ingesta alcohólica, pero no en que la disminución de la capacidad individual de conducción segura sea lógicamente distinta en uno u otro caso<sup>54</sup>. Configurada la infracción como de mera conducta peligrosa, la fijación de un único límite lo suficientemente elevado como para excluir *tout court* una conducción segura, se revela acorde con la naturaleza del delito, al margen de otras consideraciones político-criminales que avalarían tal técnica<sup>55</sup>. Tales precisiones hubiesen debido llevar al establecimiento, probablemente, de una tasa más alta, entre 1.5 y 2 gramos por litro para excluir cualquier posibilidad de impugnar la gravedad de la afectación en todo caso<sup>56</sup>.

En todo caso, la técnica elegida no está exenta de objeciones político-criminales. La más grave es que los efectos comunicativos de la nueva norma releguen a un segundo plano las conducciones influidas por la ingesta de alcohol que no superen la tasa de 1,2 gramos. El mensaje que puede acabar calando es que conducir por debajo de dicho umbral es, simplemente, atípico. Desde luego, esta no es la pretensión de la reforma: la conducción etílica simplemente se desdobra en dos tipos penales de diversa naturaleza; junto con el tradicional delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas –delito de peligro potencial–, se añade el delito de conducir por encima de dichas tasa. Pero en la práctica, el inciso primero puede acabar convirtiéndose, simplemente, en un tipo residual, de aplicación cuando *pese a existir indicios de deterioro psicofísico no se haya producido la prueba de alcoholemia*. Más dudoso resultará que, constantes los signos, una alcoholemia resultante por debajo de dicho índice acabe acarreado responsabilidad penal. La razón no es otra que el efecto ejemplificativo que tal tasa, inevitablemente, proyectará en los aplicadores el derecho sobre el nivel de concentración en sangre de alcohol que el legislador estima generador de un peligro grave en la conducción. En la práctica, la prueba indiciaria sobre el cuadro clínico que presente el conductor perderá fuerza persuasiva, y es incluso probable que, salvo un contundente cuadro o circunstancias añadidas que objetiven una conducción anómala, se prescinda de remitir el atestado al juez. Mi pronóstico, en este punto, es que el primer inciso del artículo 379.2 sólo se aplicará cuando, además de un sólido cuadro indiciario que revele la referida incapacidad para la conducción, se hayan dado circunstancias concretas que permitan hablar no sólo de un conductor afectado, sino de una

<sup>54</sup> Con la excepción de los conductores noveles, donde el límite atiende básicamente a la impericia del conductor, que la normativa de tráfico trata de compensar sujetándolo a mayores deberes de cautela.

<sup>55</sup> Entre las que se cuenta la de simplificar el tipo y hacerlo más fácilmente comprensible a la ciudadanía, que no el establecimiento de excesos del cien por cien o del ciento cincuenta por cien sobre los límites reglamentarios, como señaló el Director General de Tráfico en su comparecencia a las Cortes, “hay tasas para profesionales o para jóvenes inferiores a la normal, si es el cien por cien cada uno tendrá su límite a partir del cual tendrá la consideración de delito. Un gramo por litro de sangre para todo el mundo es fácil de transmitir, de comunicar y es simple de explicar a los ciudadanos, al margen de esas diferencias de tengo dos años de antigüedad, dos años y un día, me cambian los límites y demás” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2006, núm. 489).

<sup>56</sup> La STS de 22 de febrero de 1989, tras estudiar la influencia del alcohol en la conducción, concluye que está médicamente demostrado que un 2 por ciento de alcohol en sangre produce en todo caso graves disturbios en el campo de la confusión y alteraciones sensoriales.

conducción *objetivamente peligrosa en concreto*, cuando no, de la simple causación de un accidente. El precepto corre por ello el riesgo de acabarse configurando, jurisprudencialmente, como una infracción de peligro concreto.

Un segundo problema suscita la redacción del precepto. El segundo párrafo del futuro artículo 379 se vincula al primer apartado mediante una concreta referencia “en todo caso será condenado...el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg o una tasa de alcohol en sangre 1,2 gr. por litro”. Tal cláusula no resulta afortunada. Se preguntaba el Consejo Fiscal, en su informe al Anteproyecto de reforma del CP, si la expresión, que parece predicar una presunción *iuris et de iure* de *influencia* del alcohol, no podría plantear dudas en cuanto a la vulneración del principio de ofensividad en los casos concretos en que se constate la falta de peligrosidad real de la conducta a pesar de superar la tasa típica, lo que podría plantear una reacción judicial en estos casos, reproduciéndose la divergencia de criterios interpretativos que el legislador trata de evitar con la reforma. El riesgo, sin duda no es desdeñable, sobre todo por que el manejo de un concepto inaprensible, como el de *peligrosidad real*, da sin duda para mucho. ¿Qué significa peligrosidad real, en este ámbito? ¿Que el conductor no se cruzó con nadie? ¿Que extremó las precauciones sabiendo que conducía bebido? ¿Que el cuadro de signos que presentaba no era el propio de alguien que está embriagado? Admitir la excepción supone admitir que hay conducciones con tasas superiores a 1,2 que no son peligrosas, y otras que sí las son. ¿En qué casos no es *peligroso* conducir con una tasa de 1,2? ¿Cuándo no se ha puesto en peligro a nadie? A poco que se reflexione, el concepto de peligrosidad real que podría reclamar un recorte del tipo, configurándolo como presunción *iuris tantum* de peligrosidad, apela, realmente, al peligro concreto, entendido como un resultado añadido a la acción. Pero no tiene sentido tratándose de la “conducta” peligrosa, cuya valoración hay que efectuarla *ex ante* y no *ex post*. Si el conductor no se cruzó con nadie, ciertamente no puso en peligro a nadie, pero... ¿Y si se llega a cruzar? ¿Y si tiene que reaccionar rápidamente como consecuencia de una conducta imprudente de un tercero, o de un obstáculo imprevisible en la vía? La conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas es peligrosa por que, llegado el caso, el conductor puede no reaccionar con la misma prontitud y eficacia como lo haría un conductor sobrio, esta es la clave. Cabría hablar por ello no de presunción de peligrosidad, por que ésta existe, sino realmente de “presunción de *gravedad*” del peligro, de un peligro potencial que necesariamente se da. Pero a la hora de establecer lo “grave”, el legislador no presume, sino que *determina*; pues no se trata de establecer la conexión con un hecho base, sino de *valorar* una clase de peligro. Apelar a la falta de peligrosidad real para enervar la tipicidad del art. 379.2 supondría por ello, simplemente, rechazar la valoración del legislador sobre la gravedad de un peligro potencial realmente existente: quien pretenda rechazar, en concreto, la misma existencia de peligro, está realmente negando que la conducción influida pusiera en *concreto peligro* bien jurídico alguno. En todo caso, las precedentes reflexiones apuntan a la conveniencia de que el legislador hubiese sustituido dicha

expresión por otra más neutra, del estilo: “con las mismas penas será castigado...”, para acentuar la *desconexión presuntiva* del segundo apartado respecto de previsto en el primero.

Otro aspecto de la LO 15/2007 merece ser destacado. En el Anteproyecto de reforma del Código Penal, el artículo 379.2 se refería solamente a la tasa de alcohol en sangre, con exclusión de otra clase de pruebas –medición por aire espirado-. En distintos informes se objetó la omisión de la referencia a 0,60 mg. por litro de aire espirado. La objeción aparentaba no tener importancia, dada la evidencia científica de la correlación entre sangre y aliento de aproximadamente 2.000/1, es decir, la cantidad de alcohol presente en dos litros de aire alveolar es normalmente equivalente al alcohol contenido en un mililitro de sangre<sup>57</sup>. Pero las cosas no son tan sencillas. En principio, pretender que el tipo resultaría inaplicable cuando se hubiese utilizado sólo un etilómetro, pero no practicado la prueba en sangre no tiene sentido, pues como todo elemento objetivo del tipo, su prueba puede hacerse a partir de cualquier otro medio que arroje resultados inequívocos. En todo caso, la nueva ley, de forma coherente con la normativa administrativa, adosa ahora una referencia alternativa a concentraciones por litro de aire espirado -0,60 mg. por litro-. Pero, ¿*Quid* si el etilómetro arroja un resultado de 0,61 mg por litro de aire espirado y la posterior prueba de sangre da un inferior a 1,2 gramos? Las divergencias existen en no pocos casos, bien por razones de variabilidad personal, bien por estar el sujeto en fase preabsortiva<sup>58</sup>, y todo ello al margen de los problemas para determinar la posible concentración de alcohol en sangre en el momento de la prueba de aire espirado, lo que dependerá de la constante de eliminación que se utilice. Formulado el tipo de forma alternativa, la conducta resulta típica, pero ello acentúa hasta extremos insoportables la naturaleza puramente formal de la infracción, al hacerse depender aleatoriamente del resultado obtenido con cualquiera de los dos métodos. Una medición por aire que, independientemente de los márgenes de error que pueda plantear<sup>59</sup>, tiene por finalidad indicar aproximadamente el único dato

<sup>57</sup>Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ DE LA TORRE/CABRERA, “Relación de alcohol etílico en aire espirado y en sangre en la casuística del Instituto Nacional de Toxicología, Departamento de Madrid”, *Revista de Toxicología* (2002), 19: 97-144; VILLANUEVA CAÑADAS et. Alt, *Medicina legal y toxicología*, 6ª ed., Barcelona, pág. 890. No obstante, autores como BARQUÍN (op.ult. cit) señalan que tal ratio está realmente basada en criterios pragmáticos y de uniformidad con otros países, pero que no se corresponde con el estado actual de la investigación científica, puesto que estudios fiables (citan el trabajo de Jones y Andersson -1996-) avalan equivalencias medias menos favorables para el conductor bebido, del orden de 2300 o incluso 2400 a 1. (pág. 10). No obstante, los autores se muestran favorables a mantener tal ratio por los márgenes de seguridad que ofrece: “gracias a ellos se puede tener una razonable confianza en que, quien es denunciado por conducir superando los límites de alcohol, lleva verdaderamente en sangre tasas de etanol que superan con claridad lo permitido (pág. 11)

<sup>58</sup> En fase de absorción, la concentración de alcohol en aire aspirado puede ser muy superior, dada la mayor concentración de etanol en sangre arterial –la que se corresponde con el aire espirado- que en sangre venosa, sobre ello, ALAMBRA Y SEGURA, *El alcohol: cuestiones jurídico-médicas. Aspectos civiles, penales, administrativos y laborales. Jurisdicción de menores. Valoración de la práctica forense*. Granada, pág. 564 y ss.

<sup>59</sup> Es conocido que los aparatos de medición actualmente utilizados (etilómetro digital Dräger Alcotest 7410 y etilómetro evidencial Dräger Alcotest 7110, presentan márgenes de error, sobre los que informan específicamente los folletos de tales aparatos, consignados en el apartado 5.1.2 de la norma UNE 26443. Para concentraciones inferiores a 0.40 mg de etanol en aire espirado, consisten en 0,0032 mg/l. Así lo reconoce por lo demás la DGT (Cfr. Instrucción 2/S 61, de 15 de abril de 2002. De esta forma, sólo los resultados superiores a 0,282 mg/l y 0,182 mg/l, en definitiva, 0.29 y 0.19 –los etilómetros sólo reflejan intervalos de 0.01 mg/l- se consideran infracción.

realmente relevante: los índices de impregnación en sangre. En la práctica, el Anteproyecto ofrecía la ventaja de que tal nivel de impregnación sólo podría tenerse por acreditado, en ausencia de análisis de sangre –con seguridad rayana en la certeza-, cuando los niveles de etanol en aire permitieran sin duda afirmar que el nivel en sangre superaría la mencionada tasa<sup>60</sup>. La corrección operada por el Proyecto y asumida finalmente en la LO 15/2007, al incluir ahora la tasa de 0.60 mg. por litro de aire resulta, por ello, perturbadora.

Finalmente: la omisión de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos del segundo inciso del precepto, es una muestra más de una selección típica al servicio de las técnicas de detección más depuradas y fáciles de realizar, lo que no sucede con dichas sustancias. Cuando los procesos de selección de los riesgos relevantes no se efectúan sólo por su comprobada conexión con la siniestralidad sino por la posibilidad de detección, la elección pierde legitimidad material. En todo caso, la falta de homologación de las pruebas para la detección de otras sustancias tóxicas parece tener los días contados, y es previsible que el futuro próximo, el legislador incorpore, siguiendo el modelo del alcohol, un tipo de peligro abstracto como el examinado. Ello no obstante, la conducción influida por drogas tóxicas sigue siendo obviamente típica –primer inciso-, sin que el legislador haya aprovechado la ocasión para abrir el tipo penal a “otras sustancias productoras de efectos análogos” en consonancia con el Reglamento de Circulación aprobado por el RD 1428/2003<sup>61</sup>.

#### **4. Lo que queda en el armario: La elevación a delito de la simple imprudencia con resultado de muerte en el Proyecto de Reforma del CP.**

El que constituye probablemente, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, el más importante cambio normativo que augura el Proyecto de Reforma del CP, ha quedado finalmente fuera de la LO 15/2007. Tal cambio responde sin duda a la bagatelización judicial de las imprudencias en el tráfico rodado. Por supuesto que el Proyecto aspira a modificar el contenido de los artículos 142 con carácter general, sin expresa referencia a que la imprudencia se cometa en el ámbito del tráfico<sup>62</sup>. Pero es este

<sup>60</sup> Como señalan BARQUÍN et alt. (op. ult. cit), los márgenes de variabilidad personal de equivalencia entre etanol en aire espirado y etanolemia –etanol en sangre- no son hipótesis metafísicas ni entelequias, sino hechos comprobados de manera fehaciente: por más que sea cierto que una proporción no pequeña de las personas que arrojan la cifra de 0.22 a 0.28 mg/l de aire en la medición con un aparato Dräger Alcotest tendrán una etanolemia igual o superior a 0.50 g/l., no lo es menos que otras de entre ellas no alcanzarán esta última cifra, ya sea por variabilidad personal en cuanto a la equivalencia aire/sangre, ya sea por el margen de error en la medición, ya sea por ambas causas conjuntamente. A los principios y garantías del derecho sancionador, tanto penal como administrativo, repugna la idea de castigar indiscriminadamente. Y en este caso es sencillo discriminar, recurriendo a los márgenes de tolerancia que, con sólido fundamento técnico en este caso, son tenidos en cuenta por nuestro ordenamiento jurídico” (pag. 11).

<sup>61</sup> Arts. 20 y ss; art. 65.5 a) de la Ley de Tráfico. La cuestión tiene que ver con la irrupción de nuevas sustancias no incluidas en las Listas Internacionales, que por exigencias del principio de legalidad no podrán integrar el tipo. Sobre la cuestión, véase el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, cit., Pág. 6.

<sup>62</sup> En el Anteproyecto de reforma, se incluía también la elevación a delito de las imprudencias leves con resultado de lesiones –art. 152-. Finalmente el Proyecto sólo asume la elevación a delito de las muertes por imprudencia leve. Artículo único. Trigésimo segundo del Proyecto: “Se modifica el apartado 1 del artículo 142, que queda redactado como sigue: “El que por imprudencia causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio

ámbito el que sin duda ha determinado la elección del prelegislador. En este punto, la reforma es la reacción contundente a una praxis jurisprudencial que ha devaluado hasta hacerla insoportable la distinción entre imprudencia grave y leve, remitiendo a la más benévola disciplina de las faltas infracciones groseras y elementales de normas de cuidado en el tráfico rodado.

El problema, por tanto, no es de la ley<sup>63</sup>. El Código penal ha previsto históricamente severas sanciones para la imprudencia grave con resultados igualmente graves. Una pena de uno a cuatro años de prisión para las muertes imprudentes no es poca cosa; aunque en la práctica son contadísimas las sentencias que imponen penas por encima de los límites que permiten la suspensión o sustitución de penas. Penas de tres a seis meses para las lesiones del art. 147.1, de uno a tres años para las del 159 –lesiones muy graves- o de seis meses a dos años para las del 150 –lesiones graves-. Marcos penales lo suficientemente amplios como para valorar la entidad de la imprudencia cometida, el mayor desvalor de la acción en suma<sup>64</sup>. Pero pese a una abundantísima doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo, amén de casuística, sobre la distinción entre imprudencia grave y leve en el ámbito del tráfico rodado, muchas imprudencias graves son sancionadas como meras faltas. Son legión los ejemplos que podrían ponerse: atravesar pasos de cebra a más de 80 kilómetros por hora, saltarse un stop, etc. etc.<sup>65</sup>. Es cierto que la determinación de cuándo la imprudencia es grave resulta un asunto de enorme complejidad en muchos casos; las fórmulas al uso no dejan de ser en frecuentemente retóricas –norma de cuidado elemental, la que hasta el menos diligente hubiese respetado, etc.-. La distinción entre delito y falta se basa en un elemento altamente indeterminado cuya concreción se remite al juzgador para que atienda a todas las particularidades del caso concreto. El ámbito de la imprudencia es el rompeolas donde se estrellan todas las construcciones teóricas sobre el principio de taxatividad o mandato de determinación de la conducta conforme a la ley. Esto es así, pero tal dificultad no exime, en primer lugar, de una adecuada fundamentación sobre la naturaleza de la norma de cuidado infringida, y mucho menos permite justificar el caótico panorama actual.

Las causas de esta situación son plurales y complejas. Aquí sólo pueden ser esbozadas. En primer lugar, se ha dicho no sin razón que los jueces empatizan inconscientemente con el infractor, pues también ellos pertenecen al grupo de riesgo de los conductores –“cualquier día me puede pasar a mí”-. El acusado no pertenece al grupo de “los

imprudente, con la pena de prisión de seis meses a dos años. Si la imprudencia fuera grave la pena será de dos a cuatro años de prisión.”

<sup>63</sup> Sobre la cuestión, en general, vid. FEIJOO SANCHEZ, “Los límites político-criminales de las responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 61, 2001, págs. 105 a 164.

<sup>64</sup> En el ámbito del art. 152, la individualización judicial de pena ha de ceñirse exclusivamente a este dato, pues la gravedad del resultado no es posible graduarla –muerte-. La pluralidad de resultados dará lugar a tantos delitos de homicidio imprudente en concurso ideal –pena en su mitad superior-, consecuencia del sistema de *crimina culposa*-, donde ahí sí que el número de fallecidos debe influir en la elección de la pena concreta, dentro del nuevo marco que representa la mitad superior de la pena. Tratándose de lesiones, tanto el grado de imprudencia como la gravedad del resultado resultan de obligada apreciación.



otros”, los desviados y por lo demás, en su pecado lleva normalmente la penitencia (*poena naturalis*), lo que no sucede con otro tipo de delincuencia propia de ciudadanos “integrados” (delincuencia de cuello blanco)<sup>65</sup>. En todo caso, los Jueces están formados –o deberían estarlo– para luchar contra sus propios prejuicios –conscientes o inconscientes–, y resolver con la mayor distancia posible. Por otro lado, la “comprensión” judicial hacia el infractor muta conforme lo hace la percepción social. Se ha dicho, también, que no hay que desdeñar la incidencia que en la percepción de los accidentes ha tenido históricamente la introducción de la obligatoria cobertura aseguradora; ésta ha comportado una cierta mercantilización de las imprudencias; en un contexto de cierto fatalismo y resignación hacia los accidentes, las pretensiones indemnizatorias hurtan el protagonismo a la pretensión retributiva por el injusto culpable cometido, desnaturalizándose en cierta medida el proceso penal. También se ha señalado que un factor que coadyuva a esta bagatelización es la privatización del proceso penal en materia de imprudencias leves. La inasistencia del Ministerio Público, desde la ya famosa instrucción de 1992, deja a las partes el impulso acusatorio, en un procedimiento en el que por lo demás, no se garantiza el adecuado control de la decisión judicial de incoar por falta –normalmente el auto de incoación de faltas no es notificado, y las partes son citadas directamente a juicio oral, debiendo plantear como cuestión previa la inadecuación de procedimiento y falta de competencia por ser el hecho constitutivo de delito y no de falta, lo que supone retrasar la resolución del caso.

Probablemente existen razones añadidas que expliquen por qué muchas imprudencias graves son tratadas como faltas. En todo caso harían falta estudios en profundidad para ver cuál es en realidad la magnitud de dicha bagatelización, lo que no es tarea fácil pues implicaría una compleja valoración jurídica de las circunstancias del caso ¿Quién la hace? Pero se corresponda o no con la realidad, la percepción subjetiva existe, y así lo manifiestan las asociaciones de víctimas de forma periódica. Las soluciones a este problema podían haber pasado por el establecimiento de una serie de medidas: formación específica judicial en materia de imprudencias de tráfico, recuperar el principio de oficialidad en detrimento del de oportunidad en la persecución de las faltas de tráfico, reforzar los mecanismos de investigación de patrimonio para una adecuada imposición de la pena de multa, etc. Pero en el contexto de esta nueva “cruzada” no ha lugar para soluciones a medias, de efectos a medio o largo plazo. El prelegislador, persuadido por el catastrófico discurso mediático cortó por lo sano, elevando a la categoría de delito, en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal, cualquier imprudencia leve que causare lesiones (a salvo de las contempladas en el art. 147.2).

Tal opción resultaba insostenible desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, por mucho que tal principio sirva escasamente de apoyo a una pretensión de inconstitucionalidad del precepto, dada la configuración constitucional del mismo. Ni

<sup>65</sup> Véase la interesantísima reflexión de Jiménez Villarejo, Carlos, “Infracciones Penales de Imprudencia ¿Qué reformas?”, en <http://www.stopaccidentes.org>.

<sup>66</sup> Véanse las interesantes reflexiones de GONZALEZ CUSSAC, “¿Es adecuada la intervención penal en materia de seguridad vial?” Cit., pág. 33 sobre lo que el autor denomina “inversión valorativa” en materia de tráfico.

siquiera podía apelarse a una sobreestimación del desvalor de resultado, pues la inclusión de las simples lesiones del art. 147.1 desvirtuaba tal pretensión justificativa. Finalmente, el Proyecto eleva sólo a delito el homicidio por imprudencia simple<sup>67</sup>. Al menos, la gravedad del desvalor de resultado permite justificar, en términos de magnitud del injusto culpable, un desvalor de la acción de escasa entidad. El prelegislador ha emprendido el camino de en medio, lo que permite pronosticar que, llegar a ser ley, no contentará a nadie: ni a los militantes contra la “violencia vial” que seguirán reprochando la escasa respuesta penal de las imprudencias productoras de graves lesiones –tetraplejas, paraplejas-<sup>68</sup>, ni a los sectores –doctrina incluida- preocupados por el progresivo abandono del principio de fragmentariedad penal –que opera también en la delimitación del delito y la falta-.

El nuevo derecho penal de la seguridad vial promete estar a la altura de las circunstancias. Frente a tal panorama, la política criminal actual, en el marco de lo que PALIERO denomina “coexistencia de paradigmas”, o bien responde persistiendo en la convicción de que un Derecho penal fiel a su identidad no puede cumplir con las nuevas funciones de prevención y represión pretendidas, o bien acepta la relajación de la fuerza vinculante de los principios garantistas que lo definen. Pero allá donde el Derecho penal se pliega a los nuevos dictados de la eficacia, difícilmente se encuentra en condiciones de cumplir sus nuevas funciones. No es arriesgado afirmar que, también aquí, el nuevo derecho penal de la conducción estará acompañado de déficit de ejecución. Del mismo modo que, vinculada su suerte a una constatable reducción de la siniestralidad vial, la reforma puede merecer, muy pronto, el reproche generalizado de haberse quedado “corta”. Como señala HASSEMER, de esto se siguen dos cosas, “el intento corto de vista de minimizar estos déficit con más agravaciones (more of the same), y un ámbito creciente de efectos meramente simbólicos del derecho penal: dado que no se pueden esperar los efectos reales afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal”<sup>69</sup>. Ojala que la profecía no se cumpla.

<sup>67</sup> Trigésimo segundo: Se modifica el apartado 1 del artículo 142, que queda redactado como sigue: “El que por imprudencia causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de seis meses a dos años. Si la imprudencia fuera grave la pena será de dos a cuatro años de prisión”.

<sup>68</sup> A lo que coadyuva el defectuoso sistema de determinación del patrimonio para la fijación de la cuota en la pena de multa, auténtico dislate, que provoca que muchas sanciones pecuniarias penales sean de menor gravedad que las administrativas.

<sup>69</sup> HASSEMER, “El destino de los derechos de los ciudadanos en el derecho penal “eficiente” en *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá, 1998, págs. 48 y 49